

VU Research Portal

Case Note: HvJ EU, C-171/15 (Connexxion/Nederland)

Jansen, C.E.C.

2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C., (2018). *Case Note: HvJ EU, C-171/15 (Connexxion/Nederland)*, No. ECLI:EU:C:2016:948, Dec 14, 2016. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2018, No. 206).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Overheidsopdrachten voor diensten. Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver. Facultatieve uitsluitingsgronden. Ernstige beroepsfout. Nat...

HvJ EU 14-12-2016, ECLI:EU:C:2016:948, m.nt. C.E.C. Jansen (Connexxion Taxi Services)

Instantie

Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum

14 december 2016

Magistraten

T. von Danwitz, E. Juhász, C. Vajda, K. Jürimäe, C. Lycourgos

Zaaknummer

C-171/15

Conclusie

A-G M. Campos Sánchez-Bordona

Noot

C.E.C. Jansen

Annotatorprofiel

Redactie

[C.E.C. Jansen](#)

Roepnaam

Connexxion Taxi Services

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Aanbestedingsrecht / Aanbestedingsprocedure

Brondocumenten

ECLI:EU:C:2016:948, Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Unie, 14â€12â€2016

ECLI:EU:C:2016:506, Conclusie, Hof van Justitie van de Europese Unie (Advocaat-Generaal), 30â€06â€2016

Wetgang

Art. 2, 45 Richtlijn nr. 2004/18/EG

Essentie

Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 27 maart 2015, ingekomen bij het Hof op 15 april 2015.

Overheidsopdrachten voor diensten. Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver. Facultatieve uitsluitingsgronden. Ernstige beroepsfout. Nationale regeling die voorziet in een beoordeling per geval met toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Besluiten van de aanbestedende diensten. Richtlijn 89/665/EEG. Rechterlijke toetsing.

Samenvatting

Het Unierecht, in het bijzonder art. 45 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, verzet zich er niet tegen dat een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een gegadigde voor een overheidsopdracht die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten.

De bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG, met name die van art. 2 van deze richtlijn en van bijlage VII A punt 17, daarbij gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst besluit om een overheidsopdracht te gunnen aan een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, op de grond

dat uitsluiting van deze inschrijver van de aanbestedingsprocedure in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een dergelijke beroepsfout heeft begaan volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is.

Partij(en)

Connexxion Taxi Services BV

tegen

Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV

Uitspraak

Hof van Justitie EU:

Arrest

1

Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PB* 2004, L 134, p. 114), en op de omvang van de rechterlijke toetsing van besluiten van aanbestedende diensten.

2

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Connexxion Taxi Services BV (hierna: 'Connexxion') enerzijds, en de Staat der Nederlanden (ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport; hierna: 'Ministerie') en de Combinatie, bestaande uit Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV en Zorgvervoercentrale Nederland BV (hierna tezamen: 'Combinatie') anderzijds, over de rechtmatigheid van het besluit van het Ministerie om een overheidsopdracht voor dienstverlening aan deze Combinatie te gunnen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3

Overweging 2 van richtlijn 2004/18 luidt:

"Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd."

4

Artikel 2 van die richtlijn, met het opschrift 'Beginnelsen van het plaatsen van overheidsopdrachten', bepaalt:

"Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

5

Afdeling 2 van hoofdstuk VII van titel II van voornoemde richtlijn betreft de 'Kwalitatieve selectiecriteria'. Deze afdeling omvat artikel 45, met het opschrift 'Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver'. In lid 1 van dit artikel worden de verplichte gronden opgesomd voor uitsluiting van de gegadigde voor, of inschrijver op, een opdracht. Lid 2 van voornoemd artikel somt de facultatieve gronden op voor uitsluiting van een opdracht en is als volgt geformuleerd:

"Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[...]

- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;
[...]

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.”

6

Bijlage VII A bij diezelfde richtlijn, met het opschrift ‘Inlichtingen die in aankondigingen van overheidsopdrachten moeten worden opgenomen’, verwijst in punt 17 naar ‘[s]electiecriteria betreffende de persoonlijke situatie van ondernemers die tot hun uitsluiting kunnen leiden en de nodige informatie waaruit blijkt dat zij niet tot de gevallen behoren die uitsluiting rechtvaardigen [...]’.

7

Onder het opschrift ‘Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures’, wordt in richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, p. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, p. 31), in artikel 1, lid 1, derde alinea, bepaald:

“De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.”

8

Richtlijn 2004/18 is vervangen door richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2004, L 94, p. 65). Overeenkomstig artikel 91 van richtlijn 2014/24 is de intrekking van richtlijn 2004/18 van kracht geworden op 18 april 2016.

Nederlands recht

9

Richtlijn 2004/18 is omgezet in Nederlands recht bij het Besluit houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten van 16 juli 2005 (Stb. 2005, 408; hierna: ‘Besluit’).

10

Artikel 45, lid 2, onder d), van voornoemde richtlijn is omgezet in Nederlands recht bij artikel 45, lid 3, onder d), van het Besluit, dat luidt als volgt:

“Een aanbestedende dienst kan van deelneming aan een overheidsopdracht uitsluiten iedere ondernemer:

[...]

- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op een grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken;
[...]

11

In de nota van toelichting bij het Besluit wordt ten aanzien van artikel 45, lid 3, daarvan gepreciseerd:

“De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en voor hoe lang die uitsluiting geldt, dient gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen steeds proportioneel en niet-discriminatoire te zijn. Proportioneel houdt in dat de uitsluiting en de duur van die uitsluiting in verhouding moeten staan tot de ernst van de onregelmatige gedraging. Ook moeten de uitsluiting en de duur daarvan in verhouding staan tot de omvang van de overheidsopdracht. Het vaststellen van een absolute termijn waarbinnen een bedrijf dat onregelmatig heeft gehandeld op voorhand moet worden uitgesloten van iedere aanbestedingsprocedure van de rijksoverheid, verhoudt zich aldus niet met het proportionaliteitsvereiste. Dit betekent ook dat er steeds sprake is van maatwerk, omdat elke aanbestedende dienst per opdracht moet nagaan of hij in het concrete geval (afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en wat voor maatregelen het bedrijf inmiddels genomen heeft) een bedrijf moet uitsluiten”.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12

Op 10 juli 2012 heeft het Ministerie een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een opdracht voor 'Dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking'. Deze dienst is bedoeld om personen met een mobiliteitsbeperking in staat te stellen vrijelijk te reizen door hun voor elk jaar een reisbudget aan taxikilometers te verstrekken. Deze opdracht heeft een minimale looptijd van drie jaar en negen maanden en vertegenwoordigt een waarde van ongeveer € 6.000.000 per jaar.

13

De aanbestedingsprocedure voor die opdracht wordt nader omschreven in een 'Beschrijvend document', waarvan de paragraaf met het opschrift 'Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen' in punt 3.1 met name aangeeft:

"Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling".

14

Wat de uitsluitingsgronden betreft, verwijst dat beschrijvend document naar een 'Eigen verklaring', die de inschrijvers moeten invullen en als verplichte bijlage aan hun inschrijving moeten toevoegen. In het beschrijvend document wordt aangegeven:

"Hiermee [...] verklaart inschrijver dat op hem geen uitsluitingsgronden (zie punt 2 en 3 van de [...] verklaring) van toepassing zijn door ondertekening van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen."

15

Met deze verklaring verklaart de inschrijver met name dat 'zijn onderneming of een bestuurder ervan in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan'.

16

Onder andere Connexxion en de Combinatie hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure voor die opdracht. Bij brief van 8 oktober 2012 heeft het Ministerie aan Connexxion meegedeeld dat haar inschrijving op de tweede plaats was geëindigd en dat het voornemens was de opdracht te gunnen aan de Combinatie.

17

Op 20 november 2012 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit aan twee ondernemingen van voornoemde Combinatie alsmede aan leidinggevend van deze ondernemingen boetes opgelegd wegens schending van de Nederlandse Mededingingswet. De geconstateerde overtredingen betroffen overeenkomsten die waren gesloten met andere ondernemingen in de tijdvakken van 18 december 2007 tot 27 augustus 2010 en van 17 april 2009 tot 1 maart 2011. Het Ministerie was van mening dat het om een ernstige beroepsfout ging, maar heeft zijn besluit om de opdracht te gunnen aan de Combinatie gehandhaafd, op de grond dat uitsluiting van de Combinatie op basis van een dergelijke fout niet evenredig zou zijn.

18

In het kader van een procedure in kort geding heeft Connexxion gevorderd dat het Ministerie zou worden verboden om de opdracht aan de Combinatie te gunnen. Bij beslissing van 17 april 2013 heeft de voorzieningenrechter te Den Haag deze vordering toegewezen, omdat hij van oordeel was dat het Ministerie, na te hebben vastgesteld dat sprake was van een ernstige beroepsfout, geen evenredigheidsstoetsing meer kon verrichten.

19

Bij beslissing van 3 september 2013 heeft het Gerechtshof Den Haag de beslissing van de voorzieningenrechter vernietigd en het Ministerie toestemming verleend om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht te gunnen aan de Combinatie, waarbij het oordeelde dat het Unierecht een aanbestedende dienst niet verbiedt om met toepassing van het evenredigheidsbeginsel na te gaan of een inschrijver waarop een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is moet worden uitgesloten, en dat het Ministerie, door een dergelijke evenredigheidsstoetsing te verrichten, niet heeft gehandeld in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

20

Connexxion heeft tegen die beslissing beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden.

21

De Hoge Raad merkt op dat het hoofdgeding wordt gekenmerkt door het feit dat, enerzijds, de aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft aangekondigd dat de inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, zou

worden afgewezen zonder inhoudelijke beoordeling en, anderzijds, het besluit om de opdracht aan een bepaalde inschrijver te gunnen, niettemin is gehandhaafd nadat de aanbestedende dienst had vastgesteld dat deze inschrijver een ernstige beroepsfout in de zin van de aanbestedingsvoorwaarden had begaan.

22

De verwijzende rechter benadrukt dat in artikel 45, lid 3, van het Besluit de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 volledig zijn overgenomen. Wat de toepassing van deze uitsluitingsgronden betreft, volgt uit de nota van toelichting bij deze bepaling van het Besluit dat, gelet op de algemene uitgangspunten van deze richtlijn, de beoordeling of al dan niet daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan, steeds proportioneel en niet-discriminatoir dient te zijn. Derhalve behoren de aanbestedende diensten per geval na te gaan of, afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en de maatregelen die de onderneming inmiddels heeft genomen, een onderneming van de desbetreffende aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten.

23

Bijgevolg verplicht het nationale recht de aanbestedende dienst ertoe om, nadat deze heeft vastgesteld dat een ernstige beroepsfout is begaan, met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te bepalen of degene die deze fout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten.

24

Derhalve kan de verplichting om een evenredigheidstoetsing te verrichten worden beschouwd als een nationaalrechtelijke versoepeling van de criteria voor de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden, zoals bedoeld in de arresten van 9 februari 2006, *La Cascina e.a.* (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 21 (*NJ* 2006/595; *red.*)), en 10 juli 2014, *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, punten 35 en 36). Overeenkomstig artikel 45, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18, dient een dergelijke nationaalrechtelijke versoepeling het Unierecht en met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te eerbiedigen. In het hoofdgeding heeft het Ministerie, als aanbestedende dienst, na de begane fout te hebben geconstateerd, met toepassing van het evenredigheidsbeginsel onderzocht of de professionele integriteit en betrouwbaarheid van de Combinatie bij de uitvoering van de desbetreffende opdracht konden worden gewaarborgd. Daartoe zijn aan de zijde van de Combinatie maatregelen getroffen.

25

De verwijzende rechter merkt op dat het Hof nog niet de vraag heeft beantwoord of het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van voornoemde richtlijn, zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst naar nationaal recht verplicht is met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten. Het Hof heeft zich evenmin uitgesproken over de vraag of het in dit opzicht van belang is dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling. Bovendien bevat diezelfde richtlijn geen enkele bepaling inzake de omvang van de rechterlijke toetsing van besluiten van aanbestedende diensten.

26

In deze omstandigheden heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1)

a)

Verzet het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zich ertegen dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan?

b)

Is hierbij van belang dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling?

2)

Indien het antwoord op vraag 1) a) ontkennend luidt: Verzet het Unierecht zich ertegen dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het evenredigheidsbeginsel zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet ‘vol’ toetst, maar volstaat met de (‘marginale’) toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 45, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

27

Vooraf moet worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten, zoals in herinnering gebracht in de punten 12 tot en met 17 van het onderhavige arrest, plaats hebben gevonden vóór het verstrijken — op 18 april 2016 — van de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 door de lidstaten. Hieruit volgt dat de prejudiciële vragen ratione temporis enkel moeten worden getoetst aan richtlijn 2004/18, zoals deze is uitgelegd door de rechtspraak van het Hof.

Eerste vraag, onder a)

28

Volgens de rechtspraak van het Hof laat artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 de toepassing van de zeven daarin genoemde gevallen van uitsluiting van overheidsopdrachten die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, die betrekking hebben op de professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid van de gegadigden voor een opdracht, over aan de beoordeling van de lidstaten, zoals blijkt uit de uitdrukking ‘Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten’, aan het begin van deze bepaling [zie, met betrekking tot artikel 29 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (*PB* 1992, L 209, p. 1), arrest van 9 februari 2006, *La Cascina e.a.*, C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 21 (*NJ* 2006/595; *red.*)]. Bovendien bepalen de lidstaten uit hoofde van dit artikel 45, lid 2, tweede alinea, overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het recht van de Unie, de voorwaarden voor de toepassing van dit lid 2 (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 35).

29

Derhalve voorziet artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen (arrest van 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30

In casu moet worden opgemerkt dat, wat de mogelijkheid betreft om een ondernemer uit te sluiten wegens een ernstige beroepsfout, het Koninkrijk der Nederlanden in zijn wetgeving niet de voorwaarden heeft gepreciseerd voor de toepassing van artikel 45, lid 2, tweede alinea, van voornoemde richtlijn, maar met het Besluit de gebruikmaking van deze mogelijkheid heeft opgedragen aan de aanbestedende diensten. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde Nederlandse regeling verleent aanbestedende diensten immers de mogelijkheid om de in artikel 45, lid 2, van diezelfde richtlijn voorziene facultatieve uitsluitingsgronden op een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht van toepassing te verklaren.

31

Aangaande de grond voor uitsluiting van een inschrijver op een opdracht wegens een ernstige beroepsfout, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat deze regeling de betrokken aanbestedende dienst die een dergelijke fout van deze inschrijver heeft geconstateerd, verplicht om met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of ten aanzien van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk tot een dergelijke uitsluiting moet worden overgegaan.

32

Die evenredigheidstoetsing van de uitsluiting lijkt de toepassing van de in artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18 voorziene uitsluitingsgrond in verband met een ernstige beroepsfout dus, in overeenstemming met de in punt 29 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, te versoepelen. Bovendien volgt uit overweging 2 van deze richtlijn dat het evenredigheidsbeginsel algemeen van toepassing is op procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.

33

Derhalve moet op de eerste vraag, onder a), worden geantwoord dat het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, zich er niet tegen verzet dat een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een gegadigde voor een overheidsopdracht die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten.

Eerste vraag, onder b)

34

Met de eerste vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 2004/18, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst besluit om aan een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan een overheidsopdracht te gunnen op de grond dat de uitsluiting van deze inschrijver van de aanbestedingsprocedure in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een dergelijke beroepsfout heeft begaan, volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is.

35

Uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling volgt dat de aanbestedende diensten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken inzake de invoering van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 — dat ziet op het geval van facultatieve uitsluiting wegens een door een ondernemer begane ernstige beroepsfout — in de aanbestedingsstukken, alsmede bij de daadwerkelijke toepassing daarvan.

36

Het kan niet worden uitgesloten dat de betrokken aanbestedende dienst na de opstelling van de desbetreffende aanbestedingsdocumenten van mening is dat, afhankelijk van de aard van de opdracht en het gevoelige karakter van de prestaties waarop deze betrekking heeft alsmede van de daaruit voortvloeiende vereisten op het gebied van professionele integriteit en betrouwbaarheid van de ondernemers, het begaan van een ernstige beroepsfout moet leiden tot de automatische weigering van de inschrijving en uitsluiting van de inschrijver die de fout beging, mits bij de beoordeling van de ernst van die fout het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

37

Een dergelijke clause, die is opgenomen in de aanbestedingsstukken en ondubbelzinnig is geformuleerd — zoals dit in de aanbestedingsprocedure in het hoofdgeding het geval is —, kan alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers in staat stellen kennis te nemen van de vereisten van de aanbestedende dienst en de voorwaarden van de opdracht, opdat zij dienovereenkomstig kunnen handelen.

38

Wat de vraag betreft of de aanbestedende dienst verplicht is dan wel de mogelijkheid heeft om, krachtens de relevante nationale regeling, na de indiening van de inschrijvingen, of zelfs na de selectie van de inschrijvers, te onderzoeken of een krachtens een uitsluitingsgrond wegens een ernstige beroepsfout verrichte uitsluiting in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is, zij eraan herinnerd dat de aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak) met het oog op, met name, bijlage VII A, punt 17, bij richtlijn 2004/18.

39

Bovendien vereist het beginsel van gelijke behandeling dat alle inschrijvers bij het indienen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen, exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36).

40

Evenzo impliceert de transparantieplichting dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41

Aangaande de toetsing van de evenredigheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde uitsluiting zij opgemerkt dat bepaalde belanghebbende ondernemers, terwijl zij op de hoogte zijn van de in de aanbestedingsstukken opgenomen uitsluitingsgrond en weten dat zij een beroepsfout hebben begaan die als ernstig zou kunnen worden gekwalificeerd, geneigd zouden kunnen zijn een inschrijving in te dienen in de hoop te worden vrijgesteld van de uitsluiting op basis van een later onderzoek van hun situatie met toepassing van het evenredigheidsbeginsel, overeenkomstig de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, terwijl andere ondernemers, die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, er daarentegen van zouden kunnen afzien een dergelijke inschrijving in te dienen, doordat zij af zijn gegaan op

de termen van deze uitsluitingsgrond, die geen melding maken van een dergelijke evenredigheidstoetsing.

42

Deze laatste hypothese kan met name gevolgen hebben voor ondernemers van andere lidstaten, die minder bekend zijn met de termen en toepassingsvoorwaarden van de relevante nationale regeling. Dit geldt te meer in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, waarin de verplichting voor de aanbestedende dienst om de evenredigheid te toetsen van een uitsluiting wegens een ernstige beroepsfout niet volgt uit de termen zelf van artikel 45, lid 3, van het Besluit, maar enkel uit de nota van toelichting bij deze bepaling. Volgens de gegevens die de Nederlandse regering in het kader van de procedure voor het Hof heeft verstrekt, is deze nota van toelichting op zichzelf niet bindend, maar dient zij enkel in aanmerking te worden genomen voor de uitlegging van voornoemde bepaling.

43

Derhalve kan de toetsing van de bewuste uitsluiting aan het evenredigheidsbeginsel, terwijl in de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht wordt bepaald dat inschrijvingen die onder een dergelijke uitsluitingsgrond vallen, zonder toetsing aan dit beginsel moeten worden uitgesloten, de belanghebbende ondernemers in onzekerheid brengen en het beginsel van gelijke behandeling en de eerbiediging van de verplichting tot transparantie ondermijnen.

44

Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag, onder b), worden geantwoord dat de bepalingen van richtlijn 2004/18, met name die van artikel 2 van deze richtlijn en van bijlage VII A, punt 17, daarbij, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst besluit om een overheidsopdracht te gunnen aan een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, op de grond dat de uitsluiting van deze inschrijver van de aanbestedingsprocedure in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een dergelijke beroepsfout heeft begaan volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is.

Tweede vraag

45

Aangezien het antwoord op de eerste vraag, onder b), de nationale rechter de nodige gegevens verschaft om het aan hem voorgelegde geding te beslechten, hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht: [zie *cursieve* kop].

Noot

Auteur: C.E.C. Jansen^[1]

1.

Dit arrest heeft betrekking op de uitleg van art. 45 lid 2 van de op 18 april 2016 ingetrokken Richtlijn 2004/18/EG. Deze bepaling regelt de zogenoemde facultatieve uitsluitingsgronden op basis waarvan een aanbestedende dienst een onderneming kan uitsluiten van deelname aan een Europese aanbestedingsprocedure. Die regeling wijkt enigszins af van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU (zie nrs. 8 en 9 hierna). De relevantie van het onderhavige arrest voor aanbestedingsprocedures die plaatsvinden onder het thans geldende recht, moet daarom enigszins worden gerelativeerd (zie nrs. 9-10 hierna).

2.

Art. 45 lid 2 aanhef en onder d) Richtlijn 2004/18/EG, bepaalt: “Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer: (...) d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken. De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.” Deze bepaling is in 2005 nagenoeg letterlijk overgenomen in het inmiddels ingetrokken Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) waarmee de Richtlijn destijds in ons recht is omgezet. De nota van toelichting voorzag in een verplichting voor de aanbestedende dienst om een proportionaliteitstoets uit te voeren, alvorens een onderneming daadwerkelijk uit te sluiten op basis van een facultatieve uitsluitingsgrond.

3.

Het Ministerie van VWS voerde deze proportionaliteitstoets uit in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure, nadat het had geconstateerd dat de winnende inschrijver zich in het recente verleden had schuldig gemaakt aan mededingingsbeperkende gedragingen die als een ernstige beroepsfout kwalificeerden. Toen deze toets vervolgens uitwees dat uitsluiting op basis van die fout niet evenredig zou zijn, handhaafde het ministerie zijn besluit om de opdracht aan de winnende inschrijver te gunnen. De als tweede geëindigde inschrijver stelde zich op het standpunt dat voor deze proportionaliteitstoets geen ruimte meer bestond, omdat in de aanbestedingsvoorwaarden immers was bepaald dat 'een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is terzijde [wordt] gelegd en niet in aanmerking [komt] voor verdere (inhoudelijke) beoordeling.'

4.

De nationale feitenrechtters oordeelden verschillend over dit standpunt (zie Rb. Den Haag (vzr.) 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736, JAAN 2013/124, m.nt. Ritsema van Eck, r.o. 4.8 en Hof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, r.o. 3.7). De Hoge Raad vond daarin aanleiding de kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie (zie HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, NJ 2015/169 en JAAN 2015/89, m.nt. Verberne en Juttman). Dat komt tot het oordeel dat het Unierecht, in het bijzonder art. 45 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG, zich er niet tegen verzet dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten. De Richtlijn staat er volgens het Hof echter aan in de weg dat een aanbestedende dienst, die in de aanbestedingsvoorwaarden heeft bepaald dat een inschrijver die een dergelijke fout heeft begaan zonder meer moet worden uitgesloten, besluit om die inschrijver *niet* uit te sluiten op de grond dat die uitsluiting in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel (zie punt 38 t/m 43 van het arrest). Wanneer het een aanbestedende dienst zou vrijstaan af te wijken van een vooraf in de aanbestedingsvoorwaarden duidelijk aangekondigde gedragslijn, zou dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting immers ondermijnen (zie punt 43 van het arrest).

5.

De uitleg van het Hof is helder en lijkt ook overigens overtuigend. Toch knaagt er iets wanneer de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen en het arrest van het Hof naast de conclusies van A-G Keus en A-G Campos Sánchez-Bordona worden gelegd. Zij gaan er namelijk van uit dat een aanbestedende dienst te allen tijde — ook in een geval als het onderhavige — niet alleen op grond van het nationale recht maar ook op grond van het in deze zaak geldende *Unierecht* (beiden verwijzen in dit verband naar het arrest HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*)) tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets *verplicht* is (zie conclusie A-G Keus onder 2.11 en conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona onder punt 52 t/m 54 en 58; vergelijk ook Ritsema van Eck, JAAN 2013/124 *in fine* en Fischer-Braams, JAAN 2016/186). Staat een automatische uitsluitingsbepaling (zie nr. 3 *in fine* hiervoor) dan niet haaks op deze Unierechtelijke verplichting?

6.

Hoewel de Hoge Raad die laatste vraag niet expliciet aan het Hof heeft voorgelegd, ligt in de prejudiciële vraagstelling besloten dat hij zelf meent dat het destijds geldende Unierecht aanbestedende diensten niet onder alle omstandigheden verplichtte tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets. Zou de Hoge Raad daar anders over denken, dan zou dat de prejudiciële vraag naar de Unierechtelijke toelaatbaarheid van een vergelijkbare verplichting in het *nationale* recht immers onbegrijpelijk maken. Ook het Hof van Justitie laat zich niet expliciet over de hiervoor bedoelde verplichting uit, maar lijkt daar hetzelfde over te denken als de Hoge Raad. Zou dat anders zijn, dan zou dat het antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag naar de Unierechtelijke relevantie van een bepaling in de aanbestedingsvoorwaarden, waarmee de bedoelde verplichting als het ware wordt doorkruist, zinledig maken. Hoe ziet het Hof die verplichting dan precies en waarom komt het tot een resultaat dat afwijkt van wat de advocaten-generaal voor ogen hebben?

7.

Wanneer een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken *niet* heeft voorzien in voorwaarden voor de toepassing van art. 45 lid 2 onder d) Richtlijn 2004/18/EG, beschikt hij — afhankelijk van de inhoud van het nationale recht — over een ruime beoordelingsvrijheid bij de daadwerkelijke toepassing van die facultatieve uitsluitingsgrond (zie punt 35 van het arrest). Die beoordelingsvrijheid vindt volgens het Hof echter haar grens in het evenredigheidsbeginsel, dat bij de beoordeling van de ernst van de fout dient te worden geëerbiedigd (zie punt 36 van het arrest) en dat blijkens overweging 2 van de Richtlijn ook overigens algemeen van toepassing is op aanbestedingsprocedures (zie punt 32 *in fine* van het arrest). De zaak komt echter anders te liggen wanneer een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken *wel* heeft voorzien in voorwaarden voor de toepassing van de bedoelde uitsluitingsgrond. In dat kader is voor het Hof van belang dat Richtlijn 2004/18/EG een ruime beoordelingsvrijheid aan aanbestedende diensten toekent wat betreft de invoering van dergelijke voorwaarden (zie punt 35 van het arrest), vooropgesteld dat ook het nationale recht hem daarin vrijlaat (zie punt 30 van het

arrest) hetgeen uiteindelijk een zaak is van de betreffende lidstaat (zie punt 29 van het arrest). In de hier weergegeven benadering erkent het Hof dus wel degelijk de verplichting tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets op grond van het Unierecht, maar enkel als 'default rule'. De Uniewetgever heeft in Richtlijn 2004/18/EG immers expliciet een zodanig ruime vrijheid aan aanbestedende diensten gelaten dat zelfs de verplichting tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets in de aanbestedingsvoorwaarden opzij kan worden gezet door middel van een automatische uitsluitingsbepaling.

8.

Het Hof beperkt zich in zijn uitleg van het Unierecht tot de inmiddels ingetrokken Richtlijn 2004/18/EG (zie punt 27 van het arrest). De inhoud daarvan wijkt voor wat betreft de regeling van de onderhavige kwestie af van de huidige Richtlijn 2014/24/EU, in die zin dat art. 57 lid 6 eerste alinea, de vrijheid van een aanbestedende dienst bij de daadwerkelijke toepassing van een facultatieve uitsluitingsgrond inmiddels meer aan banden legt. Deze bepaling, die is omgezet in art. 2.87a lid 1 Aw 2012, luidt: "Elke ondernemer die in een van de in [lid 4] bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen *ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond*. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, *wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure*" (mijn cursiveringen, CJ). In aanvulling daarop bepaalt art. 2.88 Aw 2012 nog dat de aanbestedende dienst om dwingende redenen van algemeen belang, of omdat uitsluiting naar zijn oordeel niet proportioneel is, van daadwerkelijke uitsluiting op basis van een toepasselijke uitsluitingsgrond kan afzien. Wat is in het licht van deze bepalingen nog de relevantie van het arrest van het Hof voor aanbestedingsprocedures die plaatsvinden onder het huidige recht?

9.

Naar huidig recht *moet* een aanbestedende dienst, die overweegt een ondernemer vanwege een toepasselijke uitsluitingsgrond daadwerkelijk uit te sluiten, die ondernemer eerst in de gelegenheid stellen het in art. 57 lid 6 eerste alinea Richtlijn 2014/24/EU bedoelde bewijs te leveren. Indien de ondernemer van die gelegenheid gebruik maakt en de aanbestedende dienst dat bewijs vervolgens toereikend acht, mag de laatste niet tot uitsluiting overgaan. Wat de aanbestedende dienst in dit kader moet beoordelen — zo begrijp ik althans de bepaling — is of de door de ondernemer getroffen maatregelen, gegeven de ernst en de bijzondere omstandigheden van de gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden, voldoende te achten zijn, in die zin dat de ondernemer het risico van herhaling voldoende beheerst (vergelijk art. 57 lid 6 derde alinea Richtlijn 2014/24/EU, omgezet in art. 2.87a lid 3 Aw 2012). Anders dan de memorie van toelichting bij art. 2.87a Aw 2012 stelt (zie [Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3](#), p. 71) toetst de aanbestedende dienst strikt genomen dus niet of een eventuele *uitsluiting* proportioneel is (vergelijk ook Fimerius en Goedegebure, *TA* 2017/40, par. 3), maar of de getroffen maatregelen om herhaling te voorkomen voldoende garanties bieden. Dat laat echter onverlet dat de aanbestedende dienst in het kader van zijn onderzoek en beoordeling, voorafgaande aan een eventuele uitsluiting, proportioneel zal moeten handelen (vergelijk ook Bouwman, *NtEr* 2017, p. 60 *in fine* en Fischer-Braams, *JAAN* 2017/2, p. 28). Aan het voorgaande kan niet worden getornd door een bepaling in de aanbestedingsvoorwaarden die de aanbestedende dienst verplicht om, in het geval dat een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, automatisch tot uitsluiting over te gaan (vergelijk ook Van den Berge, Mutsaers en Zweers-te Raaij, *TA* 2017/17, par. 10b). Een dergelijke automatische uitsluiting zal strijdig met het Unierecht moeten worden geoordeeld, althans in het hier besproken geval dat de ondernemer gebruik wil maken van de mogelijkheid tot het leveren van bewijs en dat bewijs toereikend kan worden geacht (vergelijk Fimerius en Goedegebure, *TA* 2017/40, par. 3).

10.

Anders dan Bouwman lijkt te veronderstellen (*NtEr* 2017, p. 61 *in fine*), kan aan een automatische uitsluitingsbepaling in de aanbestedingsvoorwaarden vervolgens alsnog betekenis toekomen in het geval dat de ondernemer *geen* gebruik maakt van de mogelijkheid tot het leveren van bewijs, of de aanbestedende dienst het geleverde bewijs op goede gronden ontoereikend acht. In die gevallen — en niet eerder — komt immers art. 2.88 Aw 2012 in beeld (art. 2.87a en art. 2.88 zijn geen alternatieve gronden, zoals Essers en Fröger stellen, zie *M&M* 2016, p. 234. Ook Fimerius en Goedegebure gaan in hun weergave van het wettelijk stelsel mogelijk voorbij aan het primaat van art. 2.87a, zie *TA* 2017/40, par. 3). Op basis van art. 2.88 *kan* de aanbestedende dienst in de zojuist genoemde gevallen alsnog besluiten af te zien van daadwerkelijke uitsluiting. Dat zal hij dan echter niet kunnen doen — en in zoverre is het onderhavige arrest nog van belang voor aanbestedingsprocedures die plaatsvinden onder het huidige recht — wanneer de aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft voorzien in een bepaling die hem verplicht om zonder verdere omhaal tot uitsluiting over te gaan in het geval dat een uitsluitingsgrond van toepassing is (vergelijk Fimerius en Goedegebure, *TA* 2017/40, par. 3). Dat de Uniewetgever in art. 18 Richtlijn 2014/24/EU inmiddels de algemene verplichting van aanbestedende diensten om op een proportionele wijze te handelen uitdrukkelijk heeft geregeld, doet aan het voorgaande niet af. Zoals het Hof in het onderhavige arrest andermaal bevestigt, bestond die verplichting immers ook al onder het oude recht (zie punt 32 *in fine* van het arrest). Het voorgaande betekent overigens dat ook naar huidig recht de *keuze* van een aanbestedende dienst om

in de aanbestedingsvoorwaarden een of meer facultatieve uitsluitingsgronden op de aanbestedingsvoorwaarden van toepassing te verklaren — net zoals dat overigens voor de keuze en inhoud van de zogenoemde buitenwettelijke uitsluitingsgronden geldt (vergelijk Fischer-Braams, *JAAN* 2017/2, p. 28-29) — altijd aan een proportionaliteitstoets zal kunnen worden onderworpen (vergelijk ook overweging 101 *in fine* Richtlijn 2014/24/EU). Een automatische uitsluitingsbepaling zal *daar* niet aan in de weg kunnen staan.

Voetnoten

[*]

Prof. mr. C.E.C. Jansen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.